

Orçamento Público e a Efetivação dos Direitos Humanos

Public Budgeting and the Enactment of Human Rights

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Oliveira Ávila¹

Daniella Bitencourt²

Resumo: O presente artigo procura compreender a obrigação do Orçamento Público, para a efetivação dos Direitos Humanos. Diante desta constatação, investigar as razões da falta de correspondência entre as prioridades orçamentárias e a satisfação daqueles direitos e, refletir sobre diretivas que possam orientar o planejamento de mecanismos voltados para a elaboração e financiamento de políticas públicas que possam colaborar na melhoria das condições constatadas. Para tanto, nosso estudo procurou elucidar, de modo conciso, os conceitos referentes ao orçamento público, a “clausula da reserva do possível” e, principalmente pontuar a questão da coerência entre direitos humanos e orçamento público. Para a realização do trabalho procura-se desenvolver uma investigação doutrinária e jurisprudencial acerca do orçamento, empregando o método dedutivo, a pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório, e também a análise documental dos índices apresentados pelo governo em âmbito nacional e internacional. Assim, será possível cumprir o objetivo central do estudo que é apontar alguns fatores em razão dos quais o orçamento público não está atendendo aos direitos humanos como norteado nas legislações internacionais e Constituição Federal, investigação de fundamental importância para correção e posterior instrumentalização dos direitos humanos³.

¹ Primeira colocada no curso de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Turma 1994/2). Bolsista na Escola Superior do Ministério Público do RS (1995). Mestrado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1999) e Doutorado em Direito pela UFRGS (2007). Estágio de Pós-Doutoral em andamento na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (desde 2018). Professora Titular de Direito Constitucional e Direito Econômico dos Cursos de Graduação e Mestrado - UniRitter (Porto Alegre, 1996-2017). Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter (Porto Alegre, 2014-2016). Diretora Adjunta da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS (2013-2015). Membro do Conselho Superior da Advocacia - OAB/RS, Gestão 2016-17. Tem experiência na área de direito público, com ênfase em direito constitucional, administrativo e econômico, trabalhos publicados nos seguintes temas: constitucional, administrativo, direito econômico, direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, processo constitucional.

² Mestranda, bolsista Capes em Direitos Humanos, linha de pesquisa Direitos Humanos, Estado de Direito e Constitucionalismo pela UniRitter (conclusão em 02/2019). Dissertação sobre Orçamento Público na Educação (qualidade, eficiência, IDH e Direitos Humanos). Especialista em Tributos em Espécie pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2014) e Direito Tributário Geral pela Universidade Mackenzie/SP (2005). Graduada pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (2003). Tem experiência nas áreas do consultivo, contencioso judicial e administrativo tributário. Professora de Direito Tributário na Anhanguera Educacional (2015-2017).

³ Artigo apresentado no evento regional interno realizado pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) em Porto Alegre (RS), campus FAPA, na XIII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós Graduação (SEPesq) ocorrido no período de 27 novembro a 01 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos_2017/4924/1996/2441.pdf. Acesso: 17 nov. 2018.

Palavras chave: orçamento público; reserva do possível; direitos humanos; políticas públicas; coerência

Abstract: This article tries to reflect about the necessity of the Public Expenditure, in order to make Human Rights effective. It analyzes the reasons of the lack of correspondence between the economic priorities and the efectivization of those rights, and reflect on decisions and actions that could steer to elaborate and financing public policies able to contribute to the improvement of this situation. The goal is to elucidate briefly the concepts related to the Public Expenditure, the "clause of reserve for contingencies" and, above all, to problematize the continuity between human rights and Public Expenditure. In order to do this, it is necessary to develop a doctrinal and jurisprudential research about Public Expenditure, through the deductive method, the qualitative research with descriptive and exploratory character, as well as the analysis of the indices produced by the Brazilian government in national and international contexts. Thus, it will be possible to fulfill the main goal of the study: that is, to point out some of the reasons why the Public Expenditure is not able to guarantee human rights, as expected by the international legislations and the Republican Constitution. We believe that this research is crucial in order to make human rights effective.

Key words: public budget; reservation of the possible; human rights; public politics; coherence.

Introdução

Quando se pensa em direitos humanos, os temas mais imediatos que vem à mente dizem respeito à violência, à desigualdade social, ao combate à pobreza e marginalização, ou às questões de gênero. Não seria exagero afirmar que, num primeiro ímpeto, relacionar direitos humanos com direito financeiro seria algo impensável. A proposta aqui é pensar sobre o impensável: este estudo procura demonstrar a relação indissociável existente entre o orçamento público (objeto central do direito financeiro) e a implementação dos direitos humanos.

A importância das atividades financeiras do Estado, até bem pouco tempo desconhecida ou ignorada pela maioria das pessoas, vêm se tornando cada vez mais popular. Esse interesse se intensifica diante da demonstração da capacidade limitada do Estado de implementar políticas públicas de modo a alocar os recursos financeiros com eficiência e coerência entre as prioridades governamentais e o orçamento público (PINTO, 2006, p.11).

O tema adquire ainda maior atualidade quando se observa, por um lado, os governos – Federais, Estaduais e Municipais – forçarem reformas que sacrificam o avanço de conquistas sociais sob o argumento da urgente necessidade de redução dos gastos públicos, a exemplo da Emenda Constitucional n. 95⁴ cuja proposta é, em linhas gerais, congelar os gastos públicos temporariamente (por 20 anos), além da recentíssima Reforma Trabalhista ocorrida em 13 de julho passado, com a aprovação da Lei n. 13.467/17⁵.

Por outro lado, percebem-se gastos antagônicos à exigência de austeridade fiscal, como, por exemplo, o gasto de 8 mil reais feito pelo governo Federal, em setembro de 2017, com apenas 7 caixas de bombons⁶, cujas embalagens são folheadas a ouro, para presentear autoridades; não menos estranho o gasto com “auxílio moradia” no valor de 4.377 reais

⁴ BRASIL. EC nº 95. Altera o ADCT, para instituir um novo regime fiscal, através da alteração dos seguintes artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114. Câmara dos Deputados e Senado Federal. Brasília. DOU de 16.12.2016. Sobre esse tema indicamos a entrevista da Prof. Dra. Élide Graziliano Pinto, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7fmEZJ034NE&t=1017s>. Acesso: 10 out. 2017.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.467 de 13/jul de 2017. Altera a CLT. Poder Executivo, Brasília. DOU de 13/jul 2017. Ressalte-se que não somos contra o corte de gastos do governo, tampouco contra uma reforma trabalhista. Notoriamente ambos são extremamente necessários à saúde do nosso País, não obstante, nossa crítica reserva-se a forma como foi realizada, sem tempo de maturação para debates substanciais.

⁶ Cf o site do Contas Abertas, com o número do SIAFI – Sistema Integrado da Administração Financeira, data, protocolo, número do pedido e favorecido: <http://www.contasabertas.com.br/site/orcamento/crise-governo-gasta-quase-r-8-mil-em-7-caixas-de-bombom>

mensais, destinado a algumas autoridades de órgãos estatais específicos que já percebem os maiores salários do serviço público, deferido em sede de liminar nos autos da Ação Originária – AO n. 1.773⁷, cujo montante pago até esse ano ultrapassa 4,5 bilhões de reais⁸. Nessa rota, também se registra a inauguração do Museu do Amanhã ocorrida em 2015 no Rio de Janeiro, cuja obra custou 8 bilhões de reais para, em menos de um ano depois, o Estado declarar “calamidade financeira”⁹, no que foi seguido pelos Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Ávila (2016) sintetiza esse cenário aduzindo que

Num país onde a doutrina dos direitos fundamentais tem que debater temas como a escassez, a reserva do possível e a responsabilidade do poder público por omissão, tomar conhecimento desses gastos causa enorme perplexidade. Porque as atrações culturais e desportivas, as empresas privadas, os presidentes “hermanos” e as instituições financeiras se refestelam com a abundância de dinheiro público enquanto os investimentos em saúde, educação e segurança, que constituem os direitos mais sensíveis do cidadão, revelam-se sempre precários¹⁰.

O orçamento público é o núcleo essencial que concretiza efetivamente, através da distribuição dos valores, os direitos fundamentais. Por isso, conhecê-lo é essencial para diagnosticar o *déficit* na implementação dos direitos humanos de cunho prestacional e, por consequência, desenvolver reflexões voltadas à criação de propostas ou projetos que visem uma maior segurança e qualidade dos investimentos públicos direcionados à proteção dos direitos humanos.

Para analisar tais questões, o presente estudo envolve uma investigação doutrinária e jurisprudencial acerca do orçamento, empregando o método dedutivo, a pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório, e também a análise documental dos índices apresentados pelo governo em âmbito nacional e internacional. Assim, será possível cumprir o objetivo central do estudo que é apontar alguns fatores em razão dos quais o orçamento público não

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, Ação Ordinária – AO MC/DF n. 1.773. Autor: Dimis da Costa Braga e outros. Réu: União. Lit. Pas.(a/s) Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE. Ajuizada em 19.04.2013. Liminar deferida em decisão monocrática pelo Min. Luiz Fux - com procedência determinando o deferimento do auxílio moradia para os Juízes, tendo em vista que outros poderes já fazem *jus* do benefício -. Publicado no DJE nº 181, divulgado em 17/09/2014. Concluso para o mérito desde ago/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4395214>. Acesso: 10 out.17.

⁸ Cf igualmente notícia divulgada no site Contas Abertas – Pessoa Jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, cujo objetivo é colaborar na fiscalização do orçamento público.

⁹ Lei nº 7483 de 08 de novembro de 2016 do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁰ Na oportunidade, a autora referia-se aos gastos com a Copa do Mundo (a mais cara de todos os tempos), a empréstimos concedidos pelo Governo Lula ao Governo Chaves na Venezuela e às linhas de crédito abertas pelo BNDS para grandes empresas e saneamento dos bancos públicos.

está atendendo aos direitos humanos como norteado nas legislações internacionais e Constituição Federal, investigação de fundamental importância para correção e posterior instrumentalização dos direitos humanos.

1. Orçamento Público

Neste tópico analisa-se o orçamento público sob a ótica do procedimento e conceitos. Sinteticamente é possível definir o orçamento público como um ato elaborado pelos agentes políticos, no exercício da governança, de prever receitas e fixar despesas para o próximo exercício financeiro, de modo a atingir com eficiência as necessidades públicas, efetivando os direitos humanos de modo crescente.

1.1 Conhecendo melhor o orçamento público

Segundo Mendonça, trata-se de “atividade instrumental, na medida em que arrecadação e dispêndio não constituem fins em si mesmos. Isso não significa que deva ser encarada como mero registro contábil das finanças públicas” (2010, p.9). O orçamento público consubstancia, assim, “o conjunto das atividades relacionadas à arrecadação e gerência com dispêndios de recursos públicos” exercida pelos poderes políticos (CONTI, 2001, p. 3). Trata-se de um conjunto bastante complexo, que pode ser objetiva e didaticamente esquematizado nas seguintes etapas: leis de Plano Plurianual, de Diretrizes Orçamentárias e de Orçamento Anual (PPA-LDO-LOA) – que respondem pela fase de planejamento em conformidade com o disposto no art. 165 da CR/1988 – e pelos diversos atos administrativo-financeiros de execução das leis mencionadas. Entre esses atos, podem ser citados – em ordem não necessariamente cronológica – como mais importantes os atos de:

1 – a fixação da programação financeira e do cronograma de execução mensal de desembolso até 30 dias após a publicação da LOA, conforme exigido pelo art. 8º da LRF; 2 – o repasse mensal, pela unidade que gerencia o Tesouro (vale lembrar que a receita é arrecadada na sistemática de Caixa Único), do duodécimo (que é o desembolso em si de 1/12 avos da dotação inicialmente autorizada para todo o exercício financeiro) para cada unidade orçamentária; 3 – a solicitação de compra, serviço ou obra que dá início às licitações e correspondentes contratações (ou convênios), na forma do que dispõe a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993; 4 – a descentralização ou reserva da cota orçamentária necessária à cobertura da

contratação (de acordo com o art. 55, V da Lei n.º 8.666/1993 e o art. 167, II da CR/1988); 5 – se se tratar de ação governamental criada, expandida ou aperfeiçoada que acarrete aumento de despesa na forma do que dispõe o art. 16 da LRF, deve haver estimativa de impacto orçamentário-financeiro (no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois seguintes) e declaração do ordenador de despesa de que o aumento é adequado com a LOA e compatível com o PPA e a LDO; 6 – a licitação, coerente com a modalidade e o tipo demandados pelo objeto da ulterior contratação. É possível, dada a circunstância, que haja dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que deve ser adequadamente motivado por correspondente processo, tal como dispõe o art. 26 da Lei n.º 8.666/1993; 7 – a celebração de contrato (ou de convênio, segundo o disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666/1993) para cumprir a previsão do art. 62 da Lei de Licitações e Contratos; 8 – o empenho (art. 58 da Lei n.º 4.320/1964), que é ato formal de assunção de obrigação de pagamento pelo Estado; 9 – a liquidação da despesa (prevista no art. 63 da Lei n.º 4.320/1964) que é ato de verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito; e, por fim: 10 – o pagamento, tal como dispõem os arts. 64 e 65 da Lei n.º 4.320/1964, que é ato de disponibilização efetiva ao credor do valor financeiro devido pelo Estado (Pinto, 2006, p. 48).

Essas atividades contam com extensa regulamentação, além de um capítulo da Constituição Federal exclusivamente dedicado ao tema. Para Leite “a regra jurídica que aprova o orçamento público é a regra de Direito Positivo na qual se concentra o mais intenso grau de positividade; ela é, *a priori*, a mais constitucional das regras jurídicas” (2011, p.20). No âmbito do STF, por ocasião do julgamento da ADI-MC 4048-1¹¹, o Min. Carlos Britto (p. 92) afirmou que o orçamento público é “a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição”. Importa referir, que não só o orçamento possui a previsão constitucional de todos os seus princípios basilares, como também apresenta-se como o instrumento indispensável para a efetivação das políticas que concretizam todos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal: tanto os direitos negativos de liberdade, que não implicam dispêndio direto mas também representam custos ao Estado, tais como Ministério Público e Poder Judiciário, ambos com dotações financeiras que revertem em orçamentos próprios, e das polícias, custeadas no orçamento geral do ente estatal; quanto os direitos sociais positivos, que implicam prestações diretas para a satisfação das necessidades básicas do cidadão com saneamento, educação, saúde, assistências, etc.

O orçamento é um indicador da legitimidade democrática em um país, e não é possível, “sob o pretexto de que o legislativo sofre do mal da representatividade, substituir a visão dos ramos eleitos”, é necessário tanto um maior estudo sobre o Poder Legislativo,

¹¹ BRASIL. STF, ADI n.4.048. Requerentes: Partido da Social Democracia Brasileira, Intimado: Presidente da República. Min. Ellen Gracie Relatora. Liminar objeto do debate julgada pelo Pleno em: 14.05.08, publicação em 23.05.08, DJE n. 93. Julgamento mérito em 17.02.11, DJE n. 35 de 21 fev. 2011.

quanto uma maior valorização do papel que exerce (LEITE, 2017, p.790 e 803). Neste particular, um dos problemas relativos ao orçamento diz respeito à discricionariedade dos agentes políticos na sua elaboração, eis que essas escolhas públicas são feitas com base em critérios de oportunidade e conveniência. É certo que alguma abertura é necessária do ponto de vista da governabilidade, possibilitando certa flexibilidade no planejamento das políticas públicas, no entanto, essa margem tem se prestado a sérias distorções.

A doutrina de direito administrativo já reconhece de longa data que a discricionariedade não implica uma ampla margem de liberdade de escolha, eis que “não há, pois, discricionariedade à margem da lei, senão justamente só em virtude da lei e na medida em que a lei tenha disposto” é a lição de Garcia de Enterría e Fernandez (1991, p. 390), e o exercício discricionário só se permite tendo em vista “o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal” (MELLO, B., 2000, p.15). O problema, portanto, não se situa na discricionariedade e sim na falta de limites com que venha a ser exercida e na ausência de controles diante da infração a tais limites.

A Constituição Federal, ao prever os direitos fundamentais ao gozo de uma existência digna, direciona a atividade do Estado à garantia desses direitos. Esses fins do Estado consubstanciam limitações naturais às escolhas governamentais na alocação das verbas públicas, devendo ser direcionadas prioritariamente à promoção daqueles direitos de modo eficiente e suficiente.

Deste modo, passam a funcionar diversas balizas às escolhas governamentais, em que o próprio princípio da eficiência assume um relevante papel à medida que “a tensão entre eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade” (BARROSO, 2005)¹².

Ocorre que nem tudo está resolvido pelo reconhecimento de que os direitos fundamentais oferecem limites à liberdade de disposição orçamentária, pois outros problemas se interpõem entre a previsão legal da verba e sua concretização efetiva. Consoante alerta Mendonça, “na prática, as opções de investimentos contempladas na lei orçamentária anual podem ser ignoradas pelo poder Executivo, que libera ou não verbas na

¹² Nesse sentido Sarmiento aduz que os conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizados, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais, como os da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência. (2010, p.32).

medida da sua conveniência, sem mesmo estar obrigado a fundamentar as retenções” (MENDONÇA, 2010, p.74)¹³. De fato, até recentemente a lei orçamentária era concebida como norteador dos gastos públicos, sem caráter de obrigatoriedade. Todavia, com o advento da Emenda Constitucional n. 86/2015 pretendeu-se alterar essa cultura¹⁴, porém muitos alegam que a alteração trazida pela norma não dilui a celeuma da facultatividade *versus* impositividade, de modo que uma das causas que apontamos neste estudo para o *déficit* na concretização dos direitos econômicos é justamente a ausência de impositividade dos gastos sociais previstos.

1.2 O Orçamento Público e a “cláusula da reserva do possível”.

A escassez é tema central das ciências econômicas, que se debruçam sobre a melhor forma de aproveitamento dos recursos materiais finitos em face das necessidades e desejos infinitos do homem. Com os recursos públicos não é diferente, eles são limitados, e por isso as escolhas orçamentárias são uma imposição que pode comprometer a realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos¹⁵. O problema central da escassez e o cenário econômico recessivo parecem bastante propícios à invocação da chamada “cláusula da reserva do possível”, com a qual se alega a impossibilidade econômica de satisfação dos direitos sociais. Em sua concepção original, formada no direito alemão numa decisão que deixou de garantir ao postulante o acesso gratuito ao ensino superior, a expressão é empregada pela jurisprudência no sentido de somente ser possível exigir o razoável do Estado. (SARLET, 2010, p. 287).

¹³ LEITE igualmente nesse sentido afirma que a autorização para que se efetive a despesa não significa o dever do administrador de levá-la a efeito. Este pode perfeitamente considerar não oportuna a sua realização” (2011, p.81)

¹⁴ Cf recente artigo publicado ago/2017 por Oliveira e Ferreira sobre *O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil* cuja conclusão se extrai “ [...] Tal panorama não será alterado pelo simples ingresso das emendas parlamentares vinculantes. Ao contrário, por vias transversas buscou-se realizar uma reforma que traz mais insegurança e menos transparência do que dotar todo o orçamento público de maior impositividade. O caráter autorizativo abre margem ao mau gestor para a realização de práticas no campo da discricionariedade administrativa que vão de encontro aos reais objetivos orçamentários. Com isso, as expectativas criadas a partir da proposta orçamentária não demoram muito para serem frutadas logo em seguida, convertendo-se o orçamento em mera peça retórica. Por isso é que se torna inevitável revigorar a discussão com a coragem necessária para levantar o debate acerca do modelo impositivo orçamentário com a devida responsabilidade, não o fazendo apenas como rearranjo político, da forma que tem sido historicamente tratado no Brasil” (2017. p. 209).

¹⁵ As repercussões econômicas da lei da escassez no Direito (e nos direitos) foram bem exploradas na obra de Amaral. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

No Brasil, a teoria passou a ser utilizada como uma justificativa ao não reconhecimento dos direitos sociais básico. Piovesan e Vieira lembram que a Constituição Brasileira de 88 é uma referência na democracia do País e, para tornar mais eficaz o Estado de Direito, previu em pormenores os direitos e garantias fundamentais em escala de prioridades e quais as diretrizes que o Estado deve adotar para a sua concretização, o que somente pode ser alcançado com a alocação eficaz do orçamento público. Por conta disso, ela defende que a “a reserva do possível” jamais poderia ser utilizada como justificativa para o descumprimento dos direitos humanos básicos (p. 130-137). O STF, por ocasião da ADPF n. 45¹⁶, relatado pelo Min. Celso de Mello, segue a mesma linha de raciocínio afirmando que a cláusula da “reserva do possível, salvo justo motivo, não pode servir de escusa ao Estado para exonerar-se de cumprir obrigações constitucionais, sobretudo quando esta anula direitos humanos fundamentais.

Sendo assim, seria possível afirmar que o Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não poderia negar-se a pagar o salário (verba alimentar) a seus professores (educação, direito básico), sob a proteção da “cláusula da reserva do possível” enquanto gastou 8 bilhões de reais para a construção do Museu do Amanhã¹⁷. A distorção ilustra bem a necessidade de um controle da materialidade do orçamento, que questione o mérito das escolhas públicas, algo até pouco tempo impensável, sob o argumento formal de que as escolhas representam a vontade popular e por isso devem se impor de modo soberano à sociedade. A questão, segundo pensamos, é de fidelidade às escolhas prévias, consagradas na constituição e carentes de concretização legislativa, orçamentária e prática.

Mello, C. leciona que “em um estado democrático constitucional, direitos fundamentais são bens e valores representativos de escolhas políticas sólidas e permanentes, que vinculam materialmente os órgãos e os processos de deliberação democrática” (2004, p. 151, grifamos). Não obstante, o autor entende possível a alegação da cláusula mediante prova cabal da impossibilidade de cumprimento.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Requerente: Partido Social Democrata Brasileiro. Intimado: Presidente da República. Ajuizada em 15.10.2003, sob o fundamento de que o Governo não estava destinando o mínimo constitucional à saúde, descumprindo preceito fundamental constitucional. Adveio a Lei regulamentando a destinação em 2003, no que a ação acabou sendo julgada prejudicada e extinta pela perda do objeto em abr/04. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>. Acesso em 10 out. 2017.

¹⁷ Sem adentrarmos no mérito da importância do museu para a cidade.

O papel do pesquisador, diante deste quadro, estará em garantir que não se perca o sentido original da reserva, para que não seja invocada para negar ao cidadão tudo aquilo que lhe seja razoável exigir do Estado, especialmente no que toca à satisfação do mínimo existencial¹⁸. Portanto, ainda que referida cláusula seja aceita e plausível diante de determinados casos, em nenhuma hipótese pode ser utilizada para negar direitos humanos dos quais depende a sua sobrevivência digna. Convalidar tal ato quando notoriamente são constatados gastos públicos esdrúxulos, equivale não somente a negar o próprio sistema constitucional, como também o dos direitos humanos.

2. *First Things First*: uma questão de coerência entre os direitos humanos e o orçamento público:

Os direitos humanos pertencem à humanidade e estão positivados no direito internacional, muitas vezes refletidos nas constituições dos Estados, casos em que são denominados direitos fundamentais. Sua interpretação deve ser contextualizada em sintonia com a realidade social e moral de cada país, porque – e neste ponto concordamos com Sen –, “o reconhecimento universal do ideal dos direitos humanos pode ser nefasto se a universalidade é utilizada para contestar ou mascarar a realidade da diversidade”. O autor é, contudo, partidário da teoria universal dos direitos humanos quando utilizada nos termos corretos, uma vez que todo humano tem direitos incontestáveis (Sen, 2001, p.5). Não há como negar as muitas coincidências entre os direitos humanos e os fundamentais do ponto de vista substancial. A julgar pelo exemplo da Constituição Federal de 1988 em face da Declaração de Direitos Humanos prevista no Pacto de San José da Costa Rica, praticamente os mesmos direitos estão assegurados em ambos os diplomas. A constitucionalização é um dado relevante para garantir a exequibilidade interna desses direitos, porquanto a

¹⁸ Embora não seja o caso de adentrarmos a celeuma quanto aos direitos específicos abrangidos no conceito de mínimo existencial, importa esclarecer que compartilhamos do entendimento de parte da doutrina representada por Rawls e Habermas, de que o “mínimo existencial” abrange os direitos sociais que possibilitam as condições mínimas indispensáveis para a sobrevivência digna, tais como: alimento, moradia, educação, segurança e saúde. Além disso, Schwartz e Teixeira advertem que não devem prosperar as análises econômicas do direito que veem a alegação de escassez amparada nas razões do mercado: “Diz-se isso porque cada sistema social deve manter a sua autopoiese. A autopoiese da Economia não pode ser a do Direito! A operatividade interna do Direito não é a mesma da Economia. O Direito deve decidir com base no Direito, devendo refutar a pressão econômica em suas decisões. Eis a impossibilidade da aplicação da reserva do possível através de uma observação autopoietica: a escassez é o ruído do sistema econômico dado pela abertura cognitiva. O Direito deve rechaçar tal ruído para proteger a saúde e a vida” (2010, p. 57).

normatividade da Constituição, norma suprema de uma ordem jurídica, não costuma ser posta em xeque tanto quanto os tratados internacionais, muitas vezes referidos como *soft-laws*¹⁹.

Porém, a positivação constitucional não resolve o problema da efetividade desses direitos, à medida que a maior parte deles exige o dispêndio de dinheiro público para sua implementação, o que nos remete, mais uma vez, ao exame do orçamento público e sua coerência em face da exigência de proteção e concretização dos direitos humanos. Promover a justiça social, no possível, exige a intervenção Estatal, ainda que mínima, desempenhando o importante papel de redistribuidor de rendas, deixar essa função ao livre arbítrio do mercado regulador, as injustiças sociais se acentuariam ao invés de combatidas.

O orçamento público é, assim, a peça chave para efetivar os direitos humanos, à medida que canaliza as rendas obtidas pelo Estado por meio da tributação e as redistribui para a satisfação das necessidades sociais. Contudo, na elaboração dos orçamentos pelos agentes políticos, observa-se grande incoerência na gestão das verbas públicas em relação ao dever assumido pelo Brasil de dar efetividade aos direitos humanos e fundamentais.

Segundo Aguilar²⁰, os gestores públicos desculpam-se pela ausência de implementação efetiva de políticas públicas, sob o fundamento de exigirem verbas das quais os Estados não dispõem, porém questiona se o estado de direito constitucional e a dignidade humana devem contentar-se com essas ardilosas justificativas. O Estado argumenta que as prioridades nos gastos é decisão discricionária do governo, no entanto, como já visto, essa afirmação não procede, pois devem ser realizados tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana, nos termos dos tratados ratificados (2011, p. 209).

Na mesma linha segue o alerta de Felner para a ausência de interesse dos governos em desenvolver ferramentas eficazes que monitorem a quantidade real de investimentos nas áreas fundamentais. Os políticos, por sua vez, quando confrontados, alegam sempre insuficiência de recursos, quando “o problema com frequência não é a **indisponibilidade**, mas sim a **distribuição** dos recursos” (2008, p. 123).

¹⁹ *Soft-laws* é expressão, utilizada no direito internacional, que designa o caráter de mera recomendação de certas normas, despidas de qualquer vinculatividade ou coerção.

²⁰ Curiosamente, os países latinos são os que mais aderem aos Pactos de Proteção aos Direitos Humanos, apesar de serem os que menos os implementam (Aguilar, 2011, p. 198).

Considerações Finais

Este trabalho integra uma pesquisa maior, cujo escopo é permitir meios de controle das deliberações orçamentárias. Já o objetivo aqui proposto cinge-se à demonstrar as relações entre os direitos humanos e o orçamento público, pontuando algumas causas para o *déficit* de implementação dos direitos do cidadão que se associam com questões de direito financeiro. Essas questões passam pela discricionariedade no desenho orçamentário, na falta de impositividade das rubricas, e pela alegação das reservas do possível, a qual, como visto, não deve se apresentar como desculpa para sonegar ao cidadão o mínimo existencial, sobretudo quando grassam despesas que manifestam total desprezo pela eficiência na gestão dos recursos que financiados por todos.

É chegado então o ponto de apresentarmos as justificativas que servem de limite à discricionariedade envolvida na alocação de recursos efetivada na elaboração do orçamento público. Para oferecermos uma orientação mais segura na fixação das escolhas prioritárias, decidimos utilizar o IDH, Índice do Desenvolvimento Humano, desenvolvido por Haq e Sen, como uma contraposição ao único medidor existente à época – o Produto Interno Bruto (PIB) – que considera apenas o desenvolvimento econômico das nações. Esse novo índice foi um grande avanço para análise da situação dos direitos humanos no mundo, pois se apresenta como indicador dos níveis de desenvolvimento social das nações²¹.

Conforme o último relatório²² do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – apresentado em 2016 considerando o IDH, o Brasil, comparado ao relatório de 2014, estagnou no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), no valor de 0,754, e no ranking mantém a posição 79 entre 188 países.

Releva observar que o IDH trabalha com três critérios básicos: expectativa de vida ao nascer (o que implica as condições de saúde, salubridade do local e nutrição), educação (incluindo as taxas de alfabetização e escolaridade) e renda (calculada pelo PIB *per capita*). O índice IDH fixa a referência de desenvolvimento humano desde 1990, quando foi criado,

²¹Informações disponíveis no endereço eletrônico <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso em 09 out. 2017

²²Informações disponíveis no endereço eletrônico <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>. Acesso: 09 out. 2017

e suas metodologias tem sofrido variações para abranger distorções devidas aos fatores desigualdade, gênero e pobreza²³. Como indicador, portanto, não pode ser desconsiderado nos compromissos que as nações assumem ao firmarem os tratados de proteção e promoção dos direitos humanos e ao positivarem direitos de idêntica natureza nas respectivas constituições.

Não é necessário qualquer malabarismo interpretativo para operar uma dedução lógica, dos critérios empregados no IDH, para estabelecer quais as ações devem ser consideradas prioritárias por parte dos governos. O primeiro critério, referente à expectativa de vida/longevidade, implica destinação orçamentária para as ações voltadas à promoção da saúde e para infraestrutura mínima, compreendendo as redes de saneamento básico e políticas de acesso à moradia. Em seguida, as ações devem voltar-se ao combate à violência em sentido amplo, o que abrange não só atuação das polícias, mas também as políticas de inclusão social e combate à desigualdade. O segundo critério, referente às taxas de alfabetização e escolaridade, exige os investimentos na área de educação, não só por ser pressuposto ao exercício da cidadania, mas também por estarem imbricados no terceiro critério (renda), à medida que o grau de escolaridade responde diretamente nas variações de renda *per capita*. Finalmente, o critério renda e padrão de vida implica investimentos na educação e na preparação ao mercado de trabalho, compreendendo ainda as políticas de pelo emprego, previdência e assistência aos necessitados, e, por óbvio – pensando nos servidores do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul –, o pagamento de salários dos servidores do Estado.

Somente após assegurado o financiamento dessas ações é que poderíamos alocar o dinheiro público para outras finalidades, tais como publicidade governamental, incentivos às empresas privadas por meio de financiamentos diretos ou de renúncia fiscal, empréstimos a países vizinhos, promoção da cultura e espetáculos artísticos, construção de monumentos, museus, estádios de futebol etc. Sem que se cumpra essa ordem de prioridades, não haverá coerência entre o dever de proteção dos direitos humanos e o desenho orçamentário.

²³<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso: 11 out. 2017

Referências

AGUILAR, Cavallo Gonzalo. Son los Derechos Sociales sólo Aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor Felipe; FERRER, Eduardo Mac-Gregor Poisot. **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia um lus Constitucionale Commune em America latina. Universidade Nacional Autônoma do México**, México. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/10.pdf>. Acesso: 10 out. 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Ana Paula. **Reflexões sobre o Controle Judicial de Gastos Públicos no Brasil**. Porto Alegre/RS, ano 2016, nº. 105. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ana-Paula-Oliveira-Avila/reflexoes-sobre-o-controle-judicial-do-gasto-publico-no-brasil>. Acesso: 10 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso 18 mar. 2017.

CONTI, José Mauricio. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. Editora Juarez Fonte. Belo Horizonte/MG, 2001.

FELNER, Eitan. **Novos Limites para a luta pelos Direitos Econômicos e Sociais? Dados Quantitativos como Instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos**. SUR Rev. Internacional de Direitos Humanos. São Paulo. Ano 5, n.9, dez. 2008.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2011.

Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária da União: a função do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União. In LEITE, George Salomão, STRECK, Lenio e NERY, Nelson Jr. (Coord.). **Crise dos Poderes da República, judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Políticas Públicas no Brasil**, devido processo orçamentário e Democracia. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de e FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil**. Sequência. Florianópolis, n. 76, p. 183-212, ago.

2017, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00183.pdf>. Acesso: 12 de out. 2017.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos Direitos Fundamentais no Brasil pós-Plano Real**, 2006, tese, 392pág. (Doutorado) – Escola de Direito da UFMG. Belo Horizonte/MG.

PIOVESAN, Flavia e VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais**. Revista Iberoamericana de Filosofía, política y humanidades, n. 15, abr/06.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampliada Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso: 11 de out. 2017.

SCHWARTZ, Germano e TEIXEIRA, Vitor Rieger. **O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação**. Revista Direito e Democracia, Canoas/RS, v.11, n.1, jan./jun, 2010.

SEN, Amartya. **Direitos Humanos e Diversidade Cultural**. Org. R. Dorton e O. Duhamel, adaptação de Desidério Murcho, Rio de Janeiro: Record, 2001.